V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

ALEJANDRO ABAL

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alejandro Abal, Angela Araujo Da Silveira Espindola, Liane Francisca Hüning Pazinato – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-267-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O projeto de internacionalização do CONPEDI chegou a sua 5ª edição, sendo esta a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. O V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, no período de 8 a 10 de setembro de 2016, teve sua realização promovida, em parceria, por seis instituições brasileiras, dentre as quais a Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e a Universidade Federal do Rio Grande – FURG, juntamente com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, as quais são as instituições de origem do coordenador e das coordenadoras do Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I. Foi, portanto, uma grande responsabilidade e uma imensa alegria para estes coordenadores atuarem, não só na condução da exposição dos trabalhos em Montevidéu, mas sobretudo, poder reviver aquelas discussões quando da redação desta breve apresentação do livro que reúne os 14 artigos que resultaram dos estudos dos pesquisadores que compartilharam uma profícua tarde de debates e reflexões em 09 de setembro de 2016.

Os pesquisadores, oriundos de diversas instituições de ensino superior do Brasil, cumpriram com excelência seu papel neste V Encontro Internacional do CONPEDI, trazendo contribuições importantes para a construção do conhecimento científico acerca da Jurisdição, do Direito Processual (Civil e Penal) e, sobretudo, para a efetividade da justiça, entabulando um debate profícuo entre as pesquisas brasileiras e uruguaias. São eles: Ricardo Utrabo Pereira , Ana Luiza Godoy Pulcinelli, Cristina Veloso De Castro, Renata Aparecida Follone, Felipe Lascane Neto, Mônica Bonetti Couto, Lorena Machado Rogedo Bastianetto, Magno Federici Gomes, Cristiny Mroczkoski Rocha, Paulo Junior Trindade dos Santos, Agnes Carolina Hüning, Liane Francisca Hüning Pazinato, Antonio Henrique De Almeida Santos, Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo, Maria Cristina Zainaghi, Beatriz Ferreira Dos Reis, Laise Helena Silva Macedo, Juliana Vieira Pereira, Joyce Pacheco Santana, Izaura Rodrigues Nascimento, Gabriela Oliveira Freitas, Maiara Vieira Fonseca,

Um destaque especial a participação do Prof. Rafael Biurrun, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai com a apresentação de sua pesquisa intitulada “La integralidad en el registro de las actuaciones en audiencia: un aspecto olvidado de la tutela jurisdiccional efectiva”. Esperamos que a leitura dos artigos que seguem possa contribuir para reflexões futuras e traga boas conexões que extrapolem nossas fronteiras.

Angela Araujo Da Silveira Espindola (UFSM)

Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG)

Alejandro Abal (Facultad de Derecho. Universidad de la República)

A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

ACTING AS A LEGAL RIGHT TO EFFECTIVE INSTRUMENT KEY TO HEALTH AND ITS LIMITS BRAZILIAN CONSTITUTIONAL

Cristina Veloso De Castro [1]
Renata Aparecida Follone [2]

Resumo

O presente trabalho teve como objetivo fazer algumas considerações sobre a justiciabilidade do direito à saúde, considerando a relação indivíduo e Estado, abordando a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para garantir a efetivação do direito à saúde. A Constituição Federal brasileira garante a tutela do direito fundamental à saúde e determina a obrigação do Estado em gerir formas de possibilitar o acesso à saúde, deste modo a saúde é um direito fundamental e social, passível de exigibilidade de prestações fáticas e materiais por parte do Estado.

Palavras-chave: Atuação judicial, Direitos fundamentais à saúde, Justiciabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This study aimed to make some considerations on the justiciability of the right to health, considering the individual and state relationship, addressing the possibility of the judiciary action to ensure the realization of the right to health. The Brazilian Federal Constitution guarantees the protection of the fundamental right to health and determines the state's obligation to manage ways to provide access to health, so health is a fundamental and social rights , subject to loss of factual benefits and materials by the State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial action, Fundamental rights to health, Justiciability

[1] Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino – Bauru /SP

[2] Mestre em Direitos Coletivos pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DA EFETIVAÇÃO

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao versar sobre a saúde delineou-a no seu artigo 196 e seguintes, que o direito à saúde é garantido por meio de políticas públicas, sociais e econômicas que objetivam a redução do risco de doença e de outros agravos, como, também, almeja a equidade e universalidade do acesso a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Desse modo, a saúde é direito de todo cidadão e dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais em todos os âmbitos.

Na atual dinâmica, a saúde, como um direito subjetivo público exigível na forma de prestações positivas do Estado, é passível de justiciabilidade uma vez que existe a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para se pleitear a sua plena efetivação o que, aliás, não somente vem ocorrendo, como também é crescente o número de ajuizamento de demandas em que são exigidos o cumprimento e efetivação do direito à saúde.

Nesse meio, a adoção da justiciabilidade do direito à saúde é um método alternativo de efetivação de direitos fundamentais frente à incapacidade de operação efetiva das políticas públicas de saúde adotadas pelo Estado. Dada a importância desse método capaz de desviar-se das omissões estatais e exigir a efetivação do direito à saúde, é importante também analisar sua origem, limites e obstáculos, vez que essa justiciabilidade, ainda, é cercada por controvérsias, por lidar com temas delicados como o direito à vida digna, a garantia de um mínimo existencial, previsão orçamentária, fundamentalidade do direito à saúde em face da reserva do possível e tripartição funcional de poderes.

Com base nisso, o presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, sendo que no primeiro capítulo abordam-se aspectos relativos aos Direitos Fundamentais com ênfase nos direitos sociais, em especial o da saúde, tratando-se, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana. No segundo capítulo, realizou-se uma análise ao direito à saúde, observando-se a incorporação de um aspecto positivo ao conceito de saúde, que não mais é tido como mera ausência de doença, agora agregando o ideal de busca por uma melhor qualidade de vida, privilegiando o aspecto físico, mental e social.

Após, abordou-se a existência de proteção constitucional ao direito a saúde e observou-se os serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sistema estatal implementado pelas políticas públicas para promoção da saúde pública. Ao final,

realizou-se uma abordagem da justiciabilidade enquanto possibilidade de exigir a prestação de saúde por meio do Poder Judiciário.

Por derradeiro, considerou-se acerca dos principais obstáculos e limites impostos à justiciabilidade do direito fundamental à saúde. Abordando-se a reserva de consistência, proporcionalidade e razoabilidade. Verificou-se, pois, os obstáculos da separação dos Poderes, discricionariedade administrativa, ausência de previsão orçamentária e reserva do possível.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente é necessário se esboçar os contornos dos direitos fundamentais, que evoluem até culminar no conteúdo garantido pela Constituição Brasileira de 1988, que inseriu o país em um Estado Democrático de Direito, possuindo caráter humanístico, privilegiando a proteção e conseguinte efetivação dos direitos fundamentais, em resguardo a dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que a expressão "Estado de Direito" designa uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito (CANOTILHO, 2014, p.14). Tendo origem no direito constitucional alemão do século XIX, primeiramente orientou-se por uma concepção liberal que contrapunha ao Estado de Polícia, o modelo mais significativo do Estado absoluto. Já no direito contemporâneo o Estado de Direito adquire uma nova concepção que passa a informar todo o sistema legal dos Estados que têm como forma de governo a Democracia.

O Estado de Direito, em um primeiro momento, inspira-se no liberalismo político e econômico e sua concepção é marcada pelas transformações ocorridas à época, dentre as quais a modificação do titular no poder, que passa a ser o povo, o surgimento das constituições escritas e por fim, pela não intervenção estatal na economia. Durante essa evolução surgem ideias de separação de funções, proteção de direitos fundamentais e limitação de poder por meio de normas jurídicas, que norteiam não somente o processo de evolução, bem como se mantêm presente nos atuais Estados de Direito.

Essas características além de marcarem a desconcentração de poder, objetivavam, também, o equilíbrio e a harmonia das funções e órgãos do Estado, estabelecendo a proteção dos direitos fundamentais e o controle recíproco das funções pelos vários órgãos estatais, atrelados, por óbvio, ao princípio da legalidade (MENDONÇA, 2012, p. 23).

Acerca da intervenção social do Estado de Direito, Canotilho (2014, p.13) expressa que "o Estado de direito não pode nem deve ser um Estado-providência, bem como não pode

nem deve ter tarefas ou fins econômicos, sociais e culturais". A crítica levantada pelo autor questiona os perigos de um totalitarismo social, diz que

> O Estado, sob a máscara de Estado-providência, alarga as suas malhas interventoras e asfixiantes, constituindo o perigo maior das liberdades. Os direitos sociais realizam-se [...] melhor sem o Estado do que através do Estado. [...] a efectivação dos próprios direitos económicos, sociais e culturais através da ordem livre do mercado é a única forma de garantir a justiça distributiva sem pôr em perigo a liberdade (CANOTILHO, 2014, p. 13).

Na pós-modernidade, o Estado de Direito ganha uma conotação democrática, garantindo a participação popular efetiva no processo das decisões políticas que afetam a sociedade. O Estado Democrático de Direito apresenta a democracia como legitimadora do poder e a soberania popular como aquela que o conforma e limita. Assim, o Estado Democrático é aquele que "conjuga o Estado de Direito com o Estado Democrático, aliando um componente revolucionário de transformação social, de mudança do *status quo*, de promoção da justiça social" (SILVA, 2009, p.1). Assim, o Estado de Direito não apenas impõe o respeito à lei, como também resguarda os direitos fundamentais, construindo um amplo e sólido leque de garantias de importante relevância aos cidadãos e ao Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, e trouxe em seu texto legal os princípios fundamentais, os objetivos, as garantias e direitos fundamentais. Assim, a Constituição brasileira não apenas garante a promoção da justiça social e participação popular como, também, preza pela garantia da dignidade da pessoa humana por intermédio de uma sociedade livre, solidária, igualitária e justa (BRASIL, Constituição Federal) na qual os direitos fundamentais são constantemente observados.

Os Direitos fundamentais são aqueles tidos como essenciais para a pessoa humana e revelam valores máximos do ser humano na promoção da vida e de sua dignidade, ou seja, são normas que se fundamentam não apenas diante do ordenamento jurídico, mas, também perante o homem para seu bem-estar pessoal e social.

José Afonso da Silva (1998, p. 178) expressa que

> Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se à princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive;

> fundamentais do homem, no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direito fundamentais do homem significa direitos de pessoa humana ou direitos fundamentais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, cada um destes dotados das características inerentes aos direitos fundamentais. Observa-se, ainda, que a garantia desses direitos não se restringe apenas à Constituição Federal, no caso do Direito à Saúde, por exemplo, a existência de normas esparsas lhe dão um detalhamento específico, o que demonstra a singularidade da proteção dos direitos fundamentais (MENDONÇA, 2012, p. 43-44).

1.1 Direitos Fundamentais e suas características

Os direitos fundamentais apresentam diversas características primárias. Dentre essas se destacam a historicidade, justiciabilidade, universalidade, relatividade, indivisibilidade e interdependência.

A característica de historicidade representa as conquistas graduais e cumulativas de direitos e garantias, conforme as circunstâncias históricas reveladas no contexto mundial e nacional. Assim, com o avanço dos sistemas legais de garantia de direitos, tem-se a característica da universalidade, que preza pela oportunização de direitos a todos os indivíduos, sem quaisquer distinções. Essa mesma ideia vem expressa em na Constituição de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, cuidando, também, de evidenciar o caráter universal da saúde no artigo 196 (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Os direitos fundamentais, também, têm por características a indivisibilidade, relatividade e interdependência. A primeira e última característica cuida de estabelecer um vínculo entre as dimensões dos direitos fundamentais, implicando no entrelaçamento de direitos das várias dimensões. A relatividade expõe que os direitos não são absolutos no sentido estrito, ou seja, são passíveis de limitação sempre que ocorrer confronto, conflito de interesse ou colisão entre direitos fundamentais. Em casos assim, inspirados pela Constituição e princípio da ponderação e proporcionalidade, deve ser aplicado a regra de ponderação para que sejam restringidos, cuidando pela "máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos" (LENZA, 2011, p.864).

Por fim, a justiciabilidade que é possibilidade de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. A atuação do Poder Judiciário é apontada como um método alternativo de efetivação de direitos fundamentais frente às violações a estes direitos e, em especial, aos

direitos sociais, dentre os quais se insere a saúde. Nesse sentido, "a justiciabilidade representa a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, permitindo que sejam objeto de apreciação judicial em caso de ação ou omissão" (ROCHA, 2011, p. 38).

Cumpre lembrar que a violação aos direitos fundamentais é muito grande, decorrendo daí a necessidade de uma atuação firme e persistente do Judiciário para concretizar eficazmente esses direitos, contando, portanto com a proteção judicial expressa no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988. Devendo-se ressaltar, ainda, que a tutela prestada pelo Judiciário ao cidadão deve ser adequada, tempestiva e efetiva, não bastando apenas a garantia de mero acesso à justiça.

Nota-se assim, que a garantia de acesso à justiça não é o bastante para garantir sua efetividade, é preciso observar a prestação jurisdicional, visto que a tutela deve ser, como já dito anteriormente, adequada, efetiva e tempestiva.

Outras características que devem ser mencionadas são a imprescritibilidade que afirma a não prescrição com o decurso do tempo, pontuando que os direitos fundamentais não deixam de ser exigíveis; a inalienabilidade, ou seja, os direitos são intransferíveis e inegociáveis; a irrenunciabilidade, tendo em vista que os direitos mínimos e próprios à garantia da dignidade do indivíduo não podem ser renunciados, mesmo que o indivíduo não os queira; a inviolabilidade dos direitos por ilícito civil, administrativo ou mesmo, criminais; a eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; a efetividade, que estabelece vínculo entre os poderes públicos para uma atuação que garanta a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, por fim, a complementariedade, que informa que direitos fundamentais se limitam e restringem e, apesar de sua autonomia, são interdependentes.

1.2 Colisão de Direitos

As colisões de direitos são acontecimentos em que dois ou mais direitos fundamentais se chocam e essas colisões surgem a partir dos direcionamentos opostos dos direitos ou princípios, ou seja,

> [...] as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão (MARMELSTEIN, 2008, p. 365).

O fato é que apesar das diversas discussões de direitos contrapostos no Judiciário, ainda, não há um consenso quanto à solução a ser adotada para a resolução desses conflitos. O

que se observa é uma restrição dos direitos e garantias individuais e coletivas, nos moldes da ponderação e proporcionalidade

> [...] os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem contudo desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito (LAVIÉ apud MORAES, 2010, p. 33).

Face essas discussões de pretensões entre titulares de direitos opostos nota-se que os direitos fundamentais não são absolutos, em caso de conflitos seus limites encontram-se nos demais direitos fundamentais com igual consagração na Constituição Federal, sendo sempre necessário ponderar em observação ao princípio da proporcionalidade para se chegar a uma solução, vez que não há uma hierarquia inata entre os direitos e princípios fundamentais, não existindo "[...] hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto" (BARROSO, 2009, p. 329).

A Proporcionalidade é um princípio fundamental ao Estado Democrático de Direito que tem por função 'hierarquizar' os demais princípios em situação de conflito, objetivando o equilíbrio, a coexistência entre normas e princípios divergentes (REZEK, 2004, p. 54), buscando a máxima otimização da norma e, derivado do Princípio do Devido Processo Legal (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal Brasileira), e embora não esteja expressamente previsto na Constituição de 1988 é reiteradamente usado nas decisões judiciais que buscam o equilíbrio entre normas para a aferição máxima de justiça.

O princípio da proporcionalidade apresenta princípios parciais na solução do caso concreto, sendo estes o princípio da adequação, da exigibilidade e da ponderação. O princípio da adequação consiste na adequação do meio ao pretenso fim, baseado no interesse público.

O subprincípio da exigibilidade, também chamado de princípio da necessidade, implica que, em meio à necessidade seja feita a aplicação de medida que gere menor desvantagem social aos cidadãos (CANOTILHO, 2003, p. 270), ou seja, tem por máxima a aplicação de medida mais suave ante a necessidade de métodos restritivos para conservação de direitos fundamentais.

Em suma, nos casos de colisões de direito, o interprete do Direito deve fazer uso do "juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o por ela restringido" (MENDONÇA, 2012, p. 58), traçando uma avaliação, conforme as peculiaridades do caso concreto e aplicando ao final desta análise o princípio da ponderação.

Saliente-se que nas demandas relativas à saúde, enquanto direito social apreciadas pelo Poder Judiciário, têm-se usado a ponderação, ou seja, sua efetivação depende de tutela judicial norteada pelo Princípio da Proporcionalidade e, assim, fica a cargo do hermeneuta a análise do caso e suas peculiaridades, observando a razoabilidade da restrição e prevalência da dignidade da pessoa humana, com uma interpretação fulcrada na Constituição e seus princípios e normas fundamentais.

1.3 Da Dignidade da Pessoa Humana

Mister conhecer que a noção de dignidade da pessoa humana originou-se em meio a debates filosóficos quanto à identificação de elementos próprios à natureza humana e com a universalização dos direitos humanos, após o fim da Segunda Guerra Mundial e criação da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização da Nações Unidas em 1948, consagrou-se, finalmente, como um valor fundamental da ordem jurídica

> [...] irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar da possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente [...] (SARLET, 2009, p. 100).

> [...] a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente [...] (GARCIA, 2004, p. 211).

Assim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um valor que integra os direitos fundamentais e um atributo de todo ser humano, um valor fundamental à ordem jurídica, encontra-se ligada à proteção da pessoa, designando não apenas o ‘ser da pessoa’, mas sim a ‘humanidade da pessoa’, como um princípio jurídico (FIGUEIREDO, 2007, p. 52).

A visão constitucionalista adotado no ordenamento pátrio é que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito do Brasil, elencados no artigo primeiro, inciso terceiro da Constituição Brasileira de 1988, ela não atua como direito fundamental, mas vige como valor e princípio fundamental. Na qualidade de princípio informador, este valor fundamental atua como “parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2009, p.207).

A dignidade da pessoa humana, portanto, enquanto princípio e valor axiológico que alcança toda a Constituição Federal servem como guia a toda a ordem jurídica brasileira, ajudando a interpretar as normas e princípios constitucionais intrínsecos a um Estado Democrático de Direito e, ainda, norteando a aplicação dos direitos fundamentais.

De se concluir que a dignidade, independentemente de ser um valor, princípio inerente ou fonte ética dos direitos, no ordenamento brasileiro destina-se a proteger a pessoa humana e visa a assegurar os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

2 DIREITO À SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA DIMENSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A Constituição da República de 1988 inovou ao adotar um extenso rol de direitos e garantias sociais e fundamentais clausuladas petreamente, dentre as quais se insere a saúde, o direito de Segunda Dimensão intrínseco à proteção da vida humana digna que aqui será analisado.

2.1 Saúde e o seu conceito

O conceito de saúde passou por várias alterações ao longo da história. Inicialmente a saúde foi definida com *ausência de doenças,* ou seja, recebeu um conceito negativo, vez que não agregava qualquer valor qualitativo de vida ao conceito saúde. A seu turno, a dimensão positiva do direito à saúde, na qual o Estado e sociedade se preocupam com a qualidade de vida do indivíduo, só veio a ser desenvolvida futuramente.

Retomando a linha histórica da conceituação do direito à saúde observa-se que na Antiguidade e Idade Média vigorava a concepção mágico-religiosa (ROCHA, 2011, p. 80), que via as doenças como forma de castigo divino pelos pecados cometidos pela humanidade.

Na concepção de saúde do Estado Liberal, diferentemente da Idade Média, imperava-se a ideia de liberdade de cura, podendo o indivíduo "comprar" saúde para assim ver-se livre de doenças (ROCHA, 2011, p. 80). Verifica-se que neste período a "comunidade era essencialmente responsável pela proteção da saúde, restando ao Estado uma atuação subsidiária voltada aos interesses do individualismo liberal" (ROCHA, 2011, p.80).

No século XIX, após a Revolução Industrial, houve uma nova modificação da postura estatal em relação à saúde. Nesse período, devido à pressão dos empresários para evitar a perca de lucros, o Estado passou a prover a saúde dos indivíduos.

Com o advento do Estado Social, a saúde passa a ser admitida como necessidade coletiva, ficando o Estado responsável pela prestação de serviços essenciais de direito

sanitário. Portanto, a atuação estatal direciona-se a evitar a proliferação de doenças e surgimento de epidemias, o que alavanca o exercício da saúde preventiva no Brasil.

Atualmente, o conceito de saúde mais completo e universalmente adotado é aquele descrito no Preâmbulo da Constituição Mundial de Saúde de 1946, que afirma: "A saúde é um estado de completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade"(OMS-Organização Mundial da Saúde). Essa definição privilegia o aspecto positivo da saúde, qual seja a busca pela melhor qualidade de vida possível.

Assim, observa-se que não, somente, se ocupa do aspecto negativo, como também, do aspecto positivo da garantia à saúde, alcançando várias vertentes de atuação. Essas vertentes, adotadas em todo o mundo, são: a vertente preventiva, que visa à prevenção de doenças; a vertente curativa, que busca curar doenças e, por fim, a vertente promocional ou sanitária, que busca proporcionar uma melhor qualidade de vida à população.

2.2 Do Direito Fundamental à Saúde como garantia constitucional

Vê-se, pois que a saúde é um direito fundamental que, também, faz parte do elenco de direitos sociais, em especial dos prestacionais, que exigem do Estado prestações materiais ou fáticas, sendo sua fundamentalidade formal e material decorrente de previsão na Constituição Federal do Brasil e sua indispensabilidade à estrutura da sociedade e Estado.

A primeira Constituição brasileira a atribuir um tratamento significativo à saúde foi a Constituição Federal de 1988, que designou a saúde como direito fundamental e social no seu artigo 6º. e no capítulo da Seguridade Social, seção II, dos artigos 196 a 200.

O direito à saúde, na contemporaneidade é um direito fundamental e, assim, as constituições dos Estados passaram a adotar uma postura que prioriza a proteção da dignidade da pessoa humana como valor máximo. Desse modo, os legisladores e aplicadores do direito passaram a se orientar por meio deste valor máximo de proteção à vida digna para reconhecer os direitos fundamentais, dentre os quais se insere a saúde, um direito extremamente relevante para a proteção da vida. No Brasil, tal como se observa em todo o mundo, tem-se aplicado esse posicionamento de garantia da saúde.

A proteção atribuída pela Carta Maior brasileira demonstra um reconhecimento normativo do direito à saúde.

Observa-se o reconhecimento doutrinário da saúde como um direito fundamental, segundo Dirley Cunha Júnior, expõe que o direito a saúde

> [...] constitui uma exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor "vida" o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde, uma vez que, denegá-lo, significaria o mesmo que admitir a aplicação da pena de morte, que é, como se sabe vedada constitucionalmente [...] e o que é pior, sem crime e sem processo (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 385).

E Ingo Wolfgang Sarlet (2005, 327-328) assevera que foi

> Consagrado no artigo 6º de nossa Constituição, foi nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional [...] Pela sua relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à vida, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito [...].

Constata-se que a saúde é direito vinculado à proteção da vida e garantia da proteção à dignidade humana. Nessa perspectiva, vislumbra-se que a saúde é um elemento de cidadania, bem como um direito resguardado constitucionalmente, estando suas normas submetidas a uma aplicabilidade imediata e de eficácia plena.

No Brasil, o direito à saúde não é protegido apenas pela Constituição Federal, o ordenamento ratificou tratados internacionais que, também, trazem essa proteção e uma vez que ela se encontra albergada nesses tratados ratificados pelo país, por força do artigo 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à saúde estaria protegido e deveria ser respeitado e cumprido tal como um direito fundamental, ainda, que não estivesse previsto na Constituição. Assim, o direito à saúde, também, se encontra amparado pelo princípio da igualdade e universalidade e pelo disposto no artigo 60, §4º, IV da Constituição, que confere à saúde o caráter de cláusula pétrea que atua como um limite à reforma constitucional.

Ressalte-se que a Constituição Federal não se ocupou em conceituar saúde, focando sua atenção em estabelecer a quem se direciona e a quem cabe criar políticas de efetivação, conforme subscrito no artigo 196 e seguintes. Assim, a conceituação admitida fica a cargo daquela já definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) que tem a saúde como um completo bem-estar físico, mental e social, ou seja, o conceito de saúde acatado no nosso ordenamento jurídico é aquele que abrange mais do que apenas a ausência de doenças e agravos.

A Carta Magna é clara ao estabelecer que a saúde é um direito de todos, ficando sua efetivação por meio de políticas públicas a cargo do Estado. Esse dever do Estado possui uma

dupla configuração, pois, abrange tanto a busca individual do bem-estar físico, mental e social, como também abrange a perspectiva coletiva de saúde.

Robert Alexy divide em direitos de defesa, que se refere à proteção do indivíduo em sua autonomia pessoal frente à abstenção do Estado, e direitos sociais prestacionais, correlacionados à conduta positiva do Estado em relação ao direito à saúde e, afirma que

> Quando se fala em "direitos a prestações" faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam também ser realizadas por particulares [...]. Mas além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações(ALEXY, 2008, p.202).

Logo, a saúde é tanto um direito público subjetivo quanto um direito prestacional social, sendo que a função dos direitos fundamentais se dá por meio de normas de competência negativa em um plano jurídico objetivo e também, em um plano subjetivo, através do exercício positivo de direitos fundamentais e exigência de omissão dos poderes públicos se necessário, para impossibilitar agressões por parte destes aos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 333) coloca

> O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível).

Saliente-se que saúde não é passível de prestação pecuniária, vez que seu objeto é a prestação sanitária/de saúde, mas reveste-se de uma dimensão objetiva e subjetiva. A dimensão objetiva do direito à saúde envolve a definição e execução de políticas dirigidas a atender objetivos sociais, enquanto que a subjetiva diz respeito à própria preservação da saúde e suas qualidades, como um direito público subjetivo, tornando o cidadão titular de um direito/dever de exigir, do Estado ou particular, a imediata prestação da saúde quando descumprida esta.

Retomando a questão da saúde como um direito de proteção à vida, colocando a dignidade como valor máximo tem-se que artigo 6º., da Constituição Federal estabelece a saúde como direito social, estando sua efetividade ligada às ações positivas do Estado para, assim, garantir a manutenção da busca pela igualdade material, lembrando que a igualdade formal já é objetivada pela positivação das normas. A titularidade do direito à saúde pertence ao indivíduo e à coletividade, e estes devem cobrar do Estado, sempre que necessário, a

aplicação de medidas de efetivação do direito à saúde, pois como já observado o Estado enquanto garantidor de valores essenciais à vida, deve sempre buscar meios de preservação da vida digna.

A Constituição Federal brasileira estabelece que a saúde é de competência de todas as pessoas políticas. O artigo 23, inciso II designa como de competência comum (e material) entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios o cuidado com a saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Desse modo, a responsabilidade do Município é disciplinada no artigo 30, inciso VII, que deixa claro a participação do Município, técnica – por meio de compartilhamento de resultados de análises e pesquisas em saúde – e financeiramente, nos serviços de promoção à saúde da população.

Ainda, os artigos 22, 23 e 24 da respectiva Constituição Federal corroboram com o entendimento das competências em matéria de saúde. O referido artigo 22 trata da competência privativa da União, mas atrela essa competência à matéria da seguridade social. Em se tratando de saúde a competência legislativa é concorrente, conforme retrata o artigo 24, inciso XII, sendo que esta competência legislativa deve obedecer à regra de divisão vertical posta no artigo 30, inciso II e parágrafos do artigo 24, da Constituição Federal.

2.3 O Sistema Único de Saúde (SUS) e o Direito à Saúde

A Constituição Federal ao clausular a garantia de direito à saúde a todos os cidadãos, também, estabeleceu uma contrapartida ao Estado: o dever de constituir meios que garantissem esse acesso universal.

O Sistema Único de Saúde, conhecido como SUS, surgiu para atender essa demanda e, assim, atua como um mecanismo institucional criado para implementar gratuitamente a saúde na sociedade brasileira, cumprindo com o dever de garantir aos cidadãos um efetivo acesso à saúde.

Enquanto órgão público-jurídico o Sistema Único de Saúde encontra-se garantido na Constituição Federal, estando regulamentado pelas Leis nº 8.080 de setembro de 1990 e nº 8.142 de dezembro de 1990.

O SUS é um sistema nacional e público de assistência à saúde da população e conforme artigo 198, da Constituição brasileira é definido como uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui um sistema único descentralizado, com comando único em cada esfera governamental, contando, ainda, com atendimento integral e participação da comunidade, financiado com orçamento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como da seguridade social, dentre outras fontes.

A Lei nº 8.080/90 cuidou das condições "para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes [...]"(BRASIL, Lei nº 8080/90) abordando questões de organização, direção e gestão da instituição, tratando ainda das competências e atribuições dentro do órgão, política de recursos humanos, fontes de financiamento, planejamento e gestão dos recursos financeiros e, também, a participação complementar do setor privado.

O Sistema Único de Saúde possui princípios orientadores, dentre os quais destaca-se o atendimento integral, regionalização e universalidade. O princípio do atendimento integral estabelece que os serviços e ações tomadas em prol da saúde deverão atuar harmônica e continuamente em benefício de todos os cidadãos, oferecendo ações preventivas, curativas, individuais e coletivas, sendo que o atendimento integral, também, é uma das diretrizes do SUS e, portanto, é um instrumento de defesa do indivíduo face às omissões estatais.

O princípio da igualdade, também, tem sua definição completada pelo artigo 196 da Constituição brasileira e contempla o ideal de acesso universal e igualitário aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

O princípio da regionalização é um dos aspectos da diretriz de descentralização prevista no artigo 198 da Constituição. Por tal princípio tem-se o dever jurídico-administrativo de distribuição de responsabilidades entre as pessoas políticas do Estado Maior de modo a aproximar mais o prestador do serviço daquele a quem se destina o serviço. Essa regionalização do SUS permite uma otimização da prestação de serviços, vez que delimita a área de atuação e permite um maior conhecimento e domínio dos problemas que afligem dada localidade, bem como possibilita a racionalização da utilização de recursos.

Quanto aos valores destinados à saúde pelas pessoas políticas, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde e estabelece o percentual de 12% para Estados e Distrito Federal, 15% para Municípios e Distrito Federal e a União ficará a cargo de aplicar "o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual" (BRASIL, Lei Complementar nº 141/2012). Ainda sobre a aplicação dos recursos nos serviços de saúde, o artigo 34, da Constituição do Brasil é clara ao expressar que a falta de aplicação do mínimo exigido é causa de intervenção federal (BRASIL, Constituição Federal do Brasil).

Nota-se que o Sistema Único de Saúde tem conseguido avançar no amparo à saúde no Brasil, criando um sólido sistema de amparo legal, contudo, na prática as dificuldades em oferecer prestações efetivas e adequadas de saúde persistem. Existem poucos leitos hospitalares e hospitais superlotados, sem condições de oferecer atendimento digno, há filas e demoras nos atendimentos, dificuldade no agendamento de procedimentos médicos, bem como na aquisição de medicamentos fornecidos pelo governo e o sistema educacional e de prevenção de doenças, também, mostra-se pouco efetivo no combate de doença com maior alastramento.

2.4 A Justiciabilidade do Direito à Saúde

A justiciabilidade, atesta a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais, permitindo questionar suas formas de efetivação em juízo, quando necessário. Essa necessidade da justiciabilidade do direito à saúde pode ser comprovada por meio da própria omissão ou inexistência de política pública de saúde voltada para determinada prestação de saúde exigida pelo cidadão, que para ter seu direito à saúde recorre ao Poder Judiciário para sua satisfação.

E a competência do Poder Judiciário para provocar a execução das políticas públicas, por sua vez, pode ser demonstrada por meio das inúmeras demandas judiciais pleiteando prestações de saúde nos tribunais. É certo que se devem separar as demandas envolvendo direitos individuais e coletivos, pois a prestação individual de saúde demanda assistência à saúde de modo integral nos aspectos preventivo e curativo, enquanto a saúde coletiva abrange, também, as campanhas pela melhor qualidade de vida, representando as medidas genéricas de atuação.

Na prática, a atuação do Judiciário exigindo a prestação de saúde individual é bastante recorrente, enquanto a intervenção do Judiciário na estrutura coletiva da saúde pública é mais incomum, devido à discricionariedade administrativa atribuída ao Legislativo e Executivo nessa matéria.

É certo que, entende-se pela possiblidade de recorrência ao Poder Judiciário para fazer valer o direito à saúde aos cidadãos, nos moldes do artigo 5º, XXV da Constituição Federal, uma vez que o juiz não cria políticas públicas de saúde e, sim, garante a aplicação de direitos de saúde, seja pelo Estado ou particulares.

Constata-se que a utilização dos meios jurídicos para conferir efetividade e concretização em respeito ao direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário é uma possibilidade passível de ser utilizada pelos detentores de direito subjetivo.

3 A ATUAÇÃO JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS SEUS LIMITES CONSTITUCIONAIS

Os principais limites e obstáculos da justiciabilidade do direito à saúde são: separação dos poderes, discricionariedade administrativa, reserva do possível fática e jurídica, reserva de consistência.

No que concerne à ideia de separação de poderes no governo brasileiro dispõe que o primeiro Poder ficaria a cargo dos assuntos do Estado, tais como elaboração de leis, dentre outros; o segundo Poder se responsabilizaria pelas funções públicas do governo e o terceiro Poder que lidaria com assuntos referentes aos cargos de jurisdição, tais como os juízes e tribunais. Sendo que o conceito de tripartição de poderes objetiva o equilíbrio entre os poderes para que se evitasse a concentração de poder. Assim, estabeleceu-se que o Executivo executaria as leis criadas, corrigidas ou anuladas pelo Legislativo, enquanto o Judiciário, enquanto órgão neutro responsabilizar-se-ia pelo julgamento de demandas ou crimes.

Essa separação de poderes permitiu a limitação do poder político, favorecendo a abstenção dos Estados nos direitos de liberdade e demais aspectos da vida social da população e com o Estado Democrático de Direito o Judiciário, fortalecido, passa a controlar as ações e omissões do Executivo e Legislativo para, assim, assegurarem os direitos fundamentais e sociais, evitando prejuízos à população.

A Constituição Federal de 1988 transigiu com essa atuação do Poder Judiciário e até mesmo estabelece mecanismo [1] de combate à inercia estatal, estes permitem uma flexibilização da atuação do Poder Judiciário face à tripla separação dos Poderes que não mais foca, exclusivamente, na proteção de direitos fundamentais, mas, sim, atua como meio a um ativismo judicial nos casos de omissão estatal na concretização de direitos fundamentais ou políticas públicas.

Assim, nos casos de evidente omissão dos Poderes Legislativo ou Executivo não há que se falar em limitação à justiciabilidade devido à separação de poderes, pois o Poder Judiciário é o guardião da Constituição brasileira (artigo 102), e atua na proteção do direito fundamental à saúde.

Quanto à discricionariedade administrativa relaciona-se à separação dos poderes e se refere à liberdade do administrador em realizar uma apreciação subjetiva conforme as circunstâncias concretas de cada caso, mediante análise de um mérito administrativo, para

[1] Os mecanismos aqui mencionados referem-se: a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mandado de injunção e ação direta de controle de constitucionalidade por omissão.

assim decidir o momento oportuno para a prática de um ato administrativo ou escolha de determinada conduta que se adeque ao caso.

A discricionariedade é, portanto, "margem de liberdade, conferida por determinadas normas ao administrador para escolher segundo critérios consistentes de razoabilidade [...] a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal" (SALAZAR, 2009, p. 45).

Desse modo, observamos que a discricionariedade nada mais do que a liberdade de escolha atribuída ao administrador, dentro dos parâmetros legais e aspectos formais, sob pena de submeter-se ao controle de legalidade do ato administrativo.

Isso significa que a margem de liberdade obriga ao administrador o dever de escolher a conduta mais adequada ao atendimento do interesse público previsto em lei, bem como que a discricionariedade, no que se refere à oportunidade e conveniência, submete-se ao controle jurisdicional. Portanto, quando refere a direitos fundamentais, o Poder Judiciário poderá obrigar o Poder Público a realizar medidas que cessem a omissão estatal na concessão de serviços de proteção aos direitos fundamentais.

Em relação ao direito de saúde, o gestor e demais servidores do Sistema Único de Saúde submetem-se a princípios e regras constitucionais que auxiliam no planejamento dos regulamentos da política pública de Saúde. Dessa forma, nada mais justo que a utilização da discricionariedade administrativa para estabelecer quais os procedimentos, insumos e tratamentos de saúde que devem ser fornecidos *a priori* à população.

Apesar dessa liberdade de escolha de serviços de saúde a serem prestados aos cidadãos permitirem uma maior organização e administração do SUS, não pode haver limitação a abrangência das escolhas administrativas de proteção à saúde, já que isso cercearia o campo de proteção à saúde.

Já a concepção de reserva do possível subdivide-se em duas vertentes: a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica.

A reserva do possível jurídica relaciona-se à falta de autorização orçamentária para o custeio de determinada despesa, ao passo que a reserva do possível fática se liga à exaustão orçamentária.

A reserva do possível jurídica ou ausência de previsão orçamentária caracteriza-se como um obstáculo a ser transposto, vez que o empecilho na falta de orçamento é muito específico. Conforme artigo 167, inciso II da Constituição Federal brasileira, a autorização constante em lei orçamentária anual é necessária para a realização de gastos públicos, ou seja,

esse dispositivo legal não deve vedar o Poder Judiciário de proferir decisões de resguardo do direito à saúde pela falta de previsão orçamentária dessa despesa.

Apresenta-se, pois, uma colisão de normas constitucionais em que o direito com mais relevância deverá prevalecer. Na colisão entre o direito fundamental à saúde, ligado à garantia do bem maior do ser humano, ou seja, sua vida, e a necessidade de legalização da despesa a prevalência deve ir para a garantia do direito fundamental à saúde, pois se a efetivação do direito à saúde ficasse a todo momento sujeita a reserva orçamentária seria impossível criar uma proteção judicial efetiva dos direitos sociais.

Desse modo, verifica-se que a reserva do possível jurídica não constitui limite à justiciabilidade do direito fundamental à saúde, vez que a competência legislativa no orçamento não deve influir na efetivação do direito à saúde.

A reserva do possível fática refere-se à inexistência de recursos públicos suficientes para realização da prestação social. Nesse caso, reconhece-se uma limitação material, uma escassez de recursos, que pode impactar na realização dos direitos fundamentais. Dessa forma, o Julgador deve agir com cautela para evitar decisões impraticavelmente onerosas aos cofres públicos que afete até mesmo a impressão de efetivação da prestação de saúde pleiteada, sendo que para o órgão judiciário não ordenar a efetivação da prestação social de saúde o Estado deve comprovar sua incapacidade econômico-financeira.

Para falarmos de reserva de consistência vale lembrar Peter Häberle (1997, p. 42) introduziu esta expressão como um limitador do Poder Judiciário que deve ser utilizado face às omissões, insuficiência ou inércia do Legislador, além de afirmar a ausência de finalidade no processo de interpretação e, nesse caso o constitucionalista, como mediador no processo de interpretação, garantirá a adequada e apta capacidade do resultado da interpretação em fornecer justificativas diversas e variadas.

Portanto, para suprir uma omissão, insuficiência, inércia ou mesmo invalidar norma do legislador, o julgador necessitará demonstrar seu entendimento adequadamente por meio de argumentos racionais que justifiquem e legitimem sua decisão.

Para Sérgio Fernando Moro (2004, p.221) a reserva da consistência é “o conjunto de argumentos, de justificativas, ou seja, a fundamentação consistente que se exige do Judiciário, para que se demonstre a incompatibilidade do ato normativo ou da omissão legislativa com a Constituição”.

Observa-se que a reserva de consistência impõe ao juiz a necessidade de embasamento da sua decisão convincentemente, apresentando e respaldando sua decisão em

argumentos não, somente, jurídicos como também em provas concretas, científicas ou não, que atuem ampliando a instrução probatória e evitando decisões arbitrárias.

Nas questões relacionadas ao direito fundamental a saúde é relevante que o embasamento da decisão possua o auxílio de laudos periciais e informações técnicas prestadas pelos profissionais médicos da área, principalmente, em casos que afetem também nas escolhas administrativas.

Mister se observar que o fornecimento de medicamentos fora das listas ou protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS se submete à Lei nº 6360/76, que em seu artigo 12 proíbe a comercialização de medicamentos que não se encontram registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (BRASIL, Câmara dos Deputados. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976:** Lei de Vigilância Sanitária sobre Produtos Farmacêuticos).

Dessa forma, pode-se dizer que a reserva de consistência obriga o juiz a fundamentar sua decisão de modo mais complexo, englobando, ainda, aspectos científicos referentes à situação de enfermidade, informações essas que auxiliam na concessão de medicamentos necessários à saúde do cidadão, que também permitem a priorização do direito à saúde sem lesar o erário.

CONCLUSÃO

Como dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à saúde é uma garantia fundamental, com traço social prestacional que possibilita a exigência de prestações de saúde em caráter material do Estado. Apesar de toda a proteção legal atribuída a esse direito, ele, ainda, é constantemente violado, por meio de diversas omissões estatais arbitrárias no fornecimento de tratamento, cirurgia ou medicamento aos cidadãos brasileiros. Diante dessas omissões, os cidadãos acabam por recorrer ao Poder Judiciário para pleitear seus direitos à saúde, que não foram observados.

O artigo 102 da Constituição Federal brasileira atribuiu ao Poder Judiciário o dever de guardar a Constituição, atuando em defesa da supremacia de suas normas, expondo a importância da atuação judicial, que não deve apenas evitar ações estatais abusivas, como também, é responsável pelo controle jurisdicional efetivo de omissões arbitrárias praticadas pelo Estado que lesam os direitos sociais, dentre os quais se insere a saúde.

Portanto, no que tange a proteção do direito à saúde, observou-se a importância da justiciabilidade do direito fundamental à saúde, reforçada ainda, pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição do Brasil, que assegura o acesso à justiça, tutelando a prestação de saúde, adequada, tempestiva e efetiva. Ademais, a interdependência e indivisibilidade dos direitos

fundamentais favorece a justiciabilidade, vez que a proteção judicial à um direito, consegue alcançar também outros direitos. Trata-se de uma ampla proteção.

Há outros fatores favoráveis a essa justiciabilidade como a dimensão objetiva do direito à saúde que impõe o dever de proteção por parte do Estado, e o direito subjetivo do direito à saúde, que possibilita o pleito de prestação de saúde na esfera jurisdicional. Assim, há necessidade de concretização do direito fundamental à saúde, haja vista que se trata de um aclamado direito prestacional que enseja a proteção de bens jurídicos protegidos pelo seu núcleo essencial.

Com relação ao Sistema Único de Saúde (SUS), o serviço de saúde pública fornecida pelo Estado, não é suficiente para efetivar e garantir à toda população, o direito à saúde e, consequentemente, dignidade. Cabendo ao Judiciário evitar ações lesivas, bem como realizar o controle jurisdicional das omissões estatais, fortalecendo a atuação do Poder Judiciário frente a omissão dos Poderes Legislativos e Executivo em matéria de políticas públicas de saúde.

Por fim, verificou-se que a separação dos poderes é um obstáculo que pode ser transposto se houver evidente ou arbitrária omissão do Legislativo ou Executivo em sua efetivação. A discricionariedade administrativa, também seria outra limitação, mas como estabelece que os atos administrativos devem ser praticados sem que violem os dispositivos legais, a mesma não impede a concretização do direito fundamental à saúde, sendo que neste caso o Judiciário procurará coibir abusos.

A ausência de previsão orçamentária e a reserva do possível seriam obstáculos econômicos, porém, tais limites podem ser superados para a efetivação do Direito à saúde observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e, assim, garantindo-se um resultado adequado e justo.

E a reserva de consistência deve ser observada em meio da justiciabilidade do direito à saúde, vez que exige a obrigatoriedade da fundamentação da decisão com argumentos jurídicos e científicos, para se ampliar a instrução probatória e garantir decisões mais justas.

Portanto, o direito à saúde é um direito fundamental relevante para a proteção de uma vida digna e essa tutela pode e deve ser efetivada por via judicial, se necessário, para o resguardo de uma melhor qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976:** Lei de Vigilância Sanitária sobre Produtos Farmacêuticos. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6360-23-setembro-1976-357079-norma-pl.html>. Acesso em: 13/05/2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 13/05/2016.

BRASIL. **Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em 13/05/2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito e direito**. Disponível em: http://www.libertarianismo .org/livros/ jjgcoedd.pdf, p.14. Acesso em: 13/05/2016.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed., 8 reimp. (Manuais universitários), 2003, p. 270.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. In: Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FIRMINO, Nelson Flávio. **Curso de direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA, Marilda Watanabe. **A justiciabilidade do direito à saúde.** Osasco: EDIFIEO, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: RT, 2004, p. 221 apud PELIZARI, Mateus Faeda. **O juiz como legislador positivo no caso concreto.** 170. ed. Publicação 1149, 2006.Disponível em: < http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1149>. Acesso em: 24/05/2016.

OMS/WHO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde, 1946.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp. br>. Acesso em: 17/05/2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. **Constituição.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp. br>. Acesso em: 17/05/2016.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil.** São Paulo. Letras Jurídicas, 2011.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo.** São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros editores, 1998, p. 178.